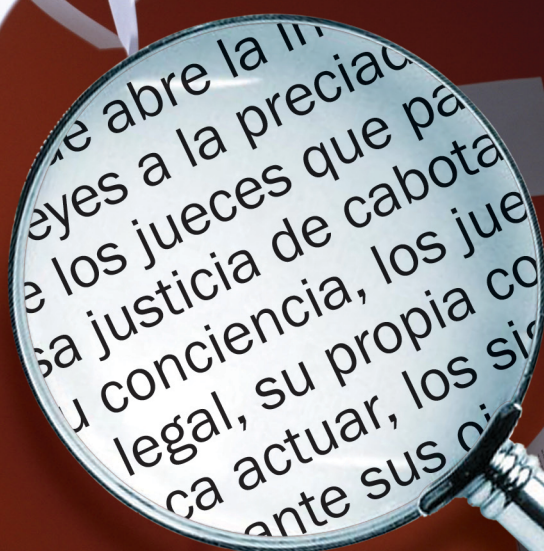


# ANALISIS CONSTITUCIONAL UNA INTRODUCCIÓN

Cómo hacer cosas con la Constitución

*Daniel Mendonca*

SEGUNDA EDICIÓN



...e abre la in  
eyes a la precia  
e los jueces que pa  
sa justicia de cabota  
u conciencia, los jue  
legal, su propia co  
ca actuar, los si  
ante sus o



*Colección Textos de Jurisprudencia*



Análisis constitucional  
Una introducción  
Cómo hacer cosas con la  
Constitución

Daniel Mendonca



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2008 Editorial Universidad del Rosario  
© 2008 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,  
Facultad de Jurisprudencia  
© 2008 Daniel Mendonca

ISBN: 978-958-8378-83-1

Segunda edición: Bogotá, D.C., enero de 2009  
Segunda edición: Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la  
Constitución. Intercontinental Editora, Asunción, 2008  
Primera edición: Cómo hacer cosas con la Constitución. Litocolor, Asunción, 1999  
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario  
Corrección de estilo: Gustavo Patiño Díaz  
Diagramación: Margoth C. de Olivos  
Montaje de cubierta: Lucelly Anacondas  
Impresión: Javegraf  
Editorial Universidad del Rosario  
Carrera 7 N° 13-41 Tel.: 2970200 Ext. 7724  
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.  
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito  
de la Editorial Universidad del Rosario.

---

Mendonca, Daniel  
Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la constitución / Daniel  
Mendonca. —Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.  
146 p. —(Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-8378-83-1

Derecho constitucional / Constituciones / Control de constitucionalidad / Derecho  
constitucional - Colombia / I. Título / II. Serie.

342.861 SCDD 20

---

Impreso y hecho en Colombia  
*Printed and made in Colombia*

# CONTENIDO

Presentación. La constitución y sus enemigos .....	10
Ricardo A. Guibourg	
I. Introducción .....	19
Conceptos clave .....	21
Lecturas recomendadas .....	21
Lectura seleccionada .....	22
II. La Constitución como texto .....	24
1. La constitución como texto.....	24
2. El texto y su significado .....	26
3. Cambios constitucionales o “relectura” del texto .....	29
Conceptos clave .....	33
Lecturas recomendadas .....	33
Lectura seleccionada .....	33
III. La interpretación constitucional.....	35
1. El texto constitucional y su interpretación .....	35
2. La noción de interpretación .....	36
3. La interpretación y sus problemas .....	45
4. Argumentos interpretativos .....	56
Conceptos clave .....	64
Lecturas recomendadas .....	64
Lectura seleccionada .....	65
IV. La sistematización constitucional.....	67
1. Un modelo de sistematización .....	67
2. Incoherencia y ordenación de normas .....	74
3. Incompletitud e integración de lagunas .....	77
4. Redundancia y reformulación del sistema .....	84
Conceptos clave .....	86

Lecturas recomendadas .....	86
Lectura seleccionada .....	86
V. El control constitucional .....	88
1. El control constitucional o el poder de los jueces .....	88
2. La noción de norma inconstitucional .....	91
3. Mecanismos viejos y nuevos de control constitucional .....	98
4. Una actitud deferente .....	104
Conceptos clave .....	109
Lecturas recomendadas .....	109
Lectura seleccionada .....	109
VI. El precedente constitucional .....	112
1. Constitución, igualdad y justicia .....	112
2. Hacia una teoría formal de la justicia .....	118
3. Reconsideración de la regla de justicia .....	122
Conceptos clave .....	131
Lecturas recomendadas .....	131
Lectura seleccionada .....	131
Resumen .....	133
Índice analítico .....	135
Bibliografía .....	138

*Una Constitución, por sí sola, es únicamente un pedazo de papel.*

*Lo interesante de una Constitución es lo que se hace con ella.*

Lawrence Sager

# Presentación

Ricardo A. Guibourg\*

## La constitución y sus enemigos

Me siento agradecido e intimidado. Agradecido, porque la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, acogiendo la sugerencia del profesor Daniel Mendonca, me ha dado la oportunidad de llegar otra vez a esta tierra amiga para hablar con los colegas paraguayos de temas que son tan comunes a todos nosotros. Me siento también intimidado, porque presentar un libro de este autor es una responsabilidad muy seria. Mendonca, con toda su juventud a cuestas, ha hecho mucho ya por la teoría del derecho y se ha convertido en una de las figuras emblemáticas de la especialidad en América Latina. Como la papa, el maíz y el chocolate, es un producto nuestro que los europeos admiran y disfrutan cuando pueden. Yo, desde más cerca, también lo admiro y disfruto de sus obras, como lo he hecho al leer *Cómo hacer cosas con la Constitución*.<sup>1</sup> Vayan al autor mis más calurosas felicitaciones. Con esta obra, Daniel Mendonca ha realizado una de las hazañas a las que nos tiene acostumbrados. En un libro breve y escrito con claridad meridiana, pasa revista a temas tan espinosos como la interpretación, el control constitucional, la oposición de justicia y arbitrariedad y la terrible cuestión acerca del error judicial, que nos obliga a preguntarnos si las leyes son lo que dicen los jueces o si los jueces se rehúsan a ser lo que dicen las leyes. La obra de Mendonca tiene una virtud que, creo, debería ser más apreciada de lo que nuestra época admite: sus razonamientos tienen el rigor de teoremas, pero sus premisas son explícitamente presentadas para su aprobación o su desaprobación y sus conclusiones son tan razonables que cualquiera podría admitirlas sin daño de sus intuiciones, por lo que ellas puedan valer. Y todo esto se hace en un tono sencillo, apropiado para elevar insensiblemente al lector, en caso necesario, desde la completa ignorancia del tema hasta el más actualizado nivel de debate, sin perder un ápice de su rigor

---

\* Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Título de la primera edición de este libro, cuya segunda edición aparece como *Análisis Constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*.



y sin caer en la metáfora para iniciados ni cerrar las puertas del conocimiento mediante citas no explicadas.

Pero hasta ahora he hablado de los méritos intelectuales de la obra de Mendonca, como un texto dotado de toda la claridad de la filosofía analítica y referido a uno de los tantos temas que preocupan a los hombres de derecho. No es poco lo que puede decirse en ese sentido, pero la perspectiva de apreciación se modifica cuando se advierten las implicaciones que el tema elegido tiene para todos nosotros, como ciudadanos de países que viven en carne propia la lucha por el derecho, esa lucha que emocionaba a Ihering, esa lucha que llevó a tantos por el camino que va del cansancio moral a la depresión jurídica crónica o, a veces, al martirio laico.

Mendonca, siguiendo a Ross y a Hart, define la justicia en sentido formal como la aplicación leal de las normas generales, sin distinguir unos casos de otros sino mediante características que se hallen contenidas en la propia ley. Desde luego, cuáles sean las características contenidas en la ley, cuáles sean los rasgos que permitan tratar a unos y a otros de modo diverso o bien impongan tratar a todos del mismo modo, es un punto sujeto a interpretación. Y la interpretación no es sólo descripción, como dicen los ingenuos, pero tampoco es sólo valoración, como sostienen los suspicaces. Hay un equilibrio entre estas actitudes; pero cuál sea el punto adecuado de ese equilibrio ya no depende de las actitudes mismas, sino de la relación que ellas tengan con factores ajenos al caso. Factores que pueden bucearse ante todo en el carácter del intérprete pero, a la vez, encuentran límite en el consenso social que rodea al mismo intérprete, lo contienen y le proporcionan sustento institucional, moral y profesional. Al describir la norma, el aplicador la interpreta. Al interpretarla, inyecta en ella sus preferencias valorativas. Pero, al inyectar estas preferencias, hay límites que no se atreve a traspasar. Límites más o menos elásticos, pero límites al fin. Cerca de ese límite corre el equilibrio circunstancial entre la actitud descriptiva y la actitud valorativa; y el resultado de esa interacción de diversos factores es lo que los ciudadanos perciben como “el fuerte brazo de la ley”.

El margen inevitable que abre la interpretación en el contenido de las leyes pone en jaque a la preciada seguridad jurídica y es, a la vez, uno de los precios que pagamos por la evolución del derecho y por esa justicia de

cabotaje que llamamos equidad. Si, al moverse en ese margen, los jueces no buscan el difícil equilibrio entre el texto legal, su propia conciencia y la circunstancia histórica en que les toca actuar, los ciudadanos ven que el derecho se esfuma ante sus ojos y se sienten desprotegidos en el sector del derecho donde ese fenómeno se produce.

Pero, cuando lo que se esfuma de aquel modo es la propia Constitución, peligra la seguridad política y el derecho se convierte en una catástrofe generalizada. Mendonca explica en su libro *cómo hacer cosas con la Constitución*. Pues bien, con la Constitución pueden hacerse muchas cosas; no todas ellas aceptables; no todas ellas honorables.

Si el derecho es la estructura normativa de la sociedad, la Constitución es la estructura de la estructura. Así como los huesos son más duros y rígidos que nuestra carne, una estructura debe ser más sólida que las funciones que está destinada a cumplir. De otro modo, los órganos se desordenan y se estorban recíprocamente, las funciones se deterioran muy pronto y, en poco tiempo, todo el sistema entra en colapso.

Ésa es la utilidad de una Constitución, y para preservarla es necesario comprender que las estructuras no son descartables, como si fueran pañuelos de papel que se usan una vez y se desechan. Una Constitución se hace para durar, al menos, veinte o treinta años, y debe ser capaz de sobrevivir a muchas crisis momentáneas. Esa supervivencia está a cargo de todos los órganos del Estado, pero principalmente bajo la custodia de los jueces supremos. Tengo algunas anécdotas de mi país que serían apropiadas para construir una comedia si sus efectos sobre la credibilidad del derecho no fueran tan dramáticos.

Una tiene ya más de medio siglo. En 1930 hubo en la Argentina un golpe de Estado militar: la Corte Suprema lo aceptó como hecho consumado, construyó la teoría del “poder de facto” y, esgrimiéndola, permaneció en su puesto. En 1943 ocurrió exactamente lo mismo. En 1948, uno de los jefes del último golpe se había convertido en presidente constitucional y los miembros de la Corte fueron sometidos a juicio de destitución, con la invocación (certera) de que habían convalidado golpes de Estado. Los jueces se defendieron diciendo que, después de todo, el último golpe había dado lugar al propio gobierno constitucional que los juzgaba. El presidente reconoció ese

hecho (que, desde luego, era público y notorio), pero indicó que, habiendo división de poderes, él no podía inmiscuirse en una cuestión que debía resolver el Congreso. La observación también era certera, pero omitía el hecho de que las mayorías legislativas acataban verticalmente las indicaciones políticas del Ejecutivo. Los jueces fueron destituidos y el presidente tuvo una Corte Suprema integrada a su gusto y paladar.

Otra anécdota es de 1962. Regía entonces el Estado de sitio, que –según la Constitución– autorizaba al presidente a detener sin juicio a los ciudadanos que estimara peligrosos para la seguridad del Estado. Un golpe de Estado depuso al presidente y lo encarceló. La Corte Suprema –ya muy distinta de la del ejemplo anterior– recibió juramento al presidente del Senado como nuevo presidente provisional, en vista del impedimento de hecho del titular para ejercer sus funciones y de la vacancia del cargo de vicepresidente. El nuevo funcionario, sometido de hecho a la tutela militar, dictó un decreto por el que, en uso del Estado de sitio, convalidaba la detención del presidente titular “a disposición del Poder Ejecutivo”. Un ciudadano presentó un hábeas corpus para reclamar que el primer magistrado fuera liberado y repuesto en el cargo. La Corte confirmó que el presidente estaba imposibilitado de hecho y opinó que su sucesor era ahora el presidente legítimo. Dijo, textualmente, que la acefalía se configuraba ante la “falta de Presidente y Vicepresidente de la Nación, sin que incumba a la Corte Suprema pronunciarse acerca de la causa determinante de esa falta”.<sup>2</sup>

En 1990, varias cortes más tarde, un decreto y un laudo unilateral, fundado en ese mismo decreto y no en un compromiso arbitral previo, dispusieron suspender los efectos de la ley que confería obligatoriedad a ciertas convenciones colectivas de trabajo y las partes fueron convocadas a negociar en esas condiciones. Una entidad sindical, entendiendo que el decreto excedía las facultades del Poder Ejecutivo, obtuvo de la Justicia una medida precautoria que disponía no aplicar esa suspensión de cláusulas convencionales mientras no se concertara un nuevo convenio. La Corte Suprema revocó esa decisión

---

<sup>2</sup> CSJN, sentencia del 03/04/62 en autos “Pitto, Luis María s/petición” (Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 252, p. 178), citado en Guibourg, “el papel de la norma en la despersonalización del poder”, *Doxa* N° 4, 1987, p. 119.

con estas palabras: “La orden de no aplicación del mentado laudo durante la celebración de las negociaciones implicó privarle de todo efecto sin discusión previa, esto es, inaudita parte”.

Tuvo en cuenta, además, que “la verosimilitud del derecho se encontró configurada por la impugnación de la validez constitucional de la decisión administrativa y no en su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad”.<sup>3</sup>

Pocos meses antes, el más alto tribunal convalidó en términos más generales la facultad del Poder Ejecutivo para dictar decretos de contenido legislativo, que no se hallaba por cierto prevista en la Constitución.<sup>4</sup> Dijo: “La división de poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional”.

Al reformarse la Constitución en 1994, su artículo 99 inciso 3 quedó redactado así: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Pero continúa: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...”. El mismo artículo prevé la constitución de una comisión bicameral para controlar estrictamente las condiciones de validez de tales decretos. Esa comisión jamás se constituyó, lo que fue interpretado, en la mayoría de los casos, como una vía libre para los decretos legislativos.

De acuerdo con la anterior Constitución, cada provincia contaba con dos senadores nacionales, elegidos por su legislatura local. La Constitución de 1994 estableció la elección por voto directo a partir de 2001 pero, mientras tanto, introdujo un tercer senador por provincia, que debía corresponder a la minoría parlamentaria local y sería elegido por la misma legislatura a propuesta del partido correspondiente. Así lo hizo en 1998 la legislatura del Chaco, pero el partido

---

<sup>3</sup> CSJN, sentencia del 05/04/91 en autos “FOETRA Sindicato Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y otros”.

<sup>4</sup> CSJN, sentencia del 27/12/90 en autos “Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional (Ministerio de economía, Banco Central)”, LL 03/07/91.

minoritario entendió que debía tener dos senadores en vez de uno. El Senado federal, con mayoría de ese mismo partido, resolvió el conflicto admitiendo a un senador que había sido rechazado por la legislatura, en lugar del que había sido elegido. Ante la queja de la provincia, la Corte Suprema convalidó esta última decisión. Dijo: "...más allá de la consideración que merecen las expectativas de la demandante de obtener una decisión favorable en un tema que es nítidamente de su incumbencia, el Senado de la Nación ha superado la compleja situación institucional planteada, frente al vacío normativo en que ésta se ha insertado, sin irrazonabilidad ni notorio apartamiento de las normas constitucionales que consagran sus atribuciones, hallando para un conflicto político un cauce razonable, en el que no se advierte alteración de la forma republicana de gobierno o afectación de las competencias del Estado provincial".<sup>5</sup>

En fin, espero no haber fatigado al auditorio con el relato de desventuras constitucionales de un país amigo. Las he tomado como meros ejemplos, que pueden reproducirse en cualquier lugar del mundo, en los que las consideraciones coyunturales parecen haber prevalecido sobre la interpretación permanente que quepa atribuir a la Constitución de acuerdo con las reglas de la justicia formal que prudentemente nos ha recordado el profesor Mendonca. Esos ejemplos podrían conducirnos a una reflexión más profunda que el simple acuerdo o desacuerdo con las decisiones judiciales aisladamente consideradas. En la medida en que la paz, tanto la de las armas como la de los espíritus, requiere al menos cierta regularidad en el funcionamiento de las estructuras, el desafío constitucional parece ser cómo reducir la incidencia de la arbitrariedad, fuente permanente de los defectos internos del sistema.

En efecto, una constitución democrática está fundada sobre un esquema de *frenos y contrapesos* que, manteniendo el control recíproco entre los poderes del Estado, impida que uno, al imponerse sobre los demás, adquiera la suma del poder público o de hecho ejerza atribuciones despóticas.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> CSJN, sentencia del 24/11/98 en autos "Chaco, Provincia del c/Estado Nacional (Senado de la Nación) s/acción declarativa de inconstitucionalidad".

<sup>6</sup> En 1853 los constituyentes argentinos, que habían experimentado una dictadura, incluyeron en la ley fundamental una cláusula elocuente: "Art. 29: el Congreso no puede conceder al ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor

Esos mecanismos, cuyo buen funcionamiento es vital para la marcha de las instituciones republicanas, están contenidos en la Constitución y se hallan sujetos a la aplicación y a la vigilancia de los mismos organismos creados por ella. En caso de conflicto, la decisión última queda a cargo de una Corte Suprema o tribunal constitucional cuya composición depende de mecanismos del mismo nivel que dicho tribunal debe custodiar.

Si el poder de los jueces constituye por sí solo una aporía de la teoría general del derecho,<sup>7</sup> el caso del control constitucional representa, además, una dificultad mayúscula de la organización política. La selección de los jueces de última instancia tiene un componente inevitablemente político y, en este sentido, es común que los encargados de hacerla tomen en cuenta algo más que la mera idoneidad profesional de los candidatos.<sup>8</sup>

Por otra parte, las instituciones de un Estado se hallan inmersas en la vida del mismo Estado, por lo que no es imposible ejercer sobre ellas maniobras de seducción, extorsión u otras de persuasión no argumental que disminuyan de hecho su independencia de criterio. Desde luego, estas posibilidades excluyen la mala fe cuando se trata de jueces honestos y, de todos modos, han de suponerse excepcionales en la generalidad de los casos. Pero, cuando se hallan en juego intereses políticos relevantes, lo que sucede normalmente cuando hay conflicto de poderes, existe siempre el peligro de que todos los recaudos se revelen insuficientes.

En un reciente encuentro internacional se me ocurrió sugerir, a modo de idea revulsiva, que éste es un punto en el que el actual proceso de globalización

---

o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". La norma permanece en la Constitución de 1994, pero jamás ha sido aplicada.

<sup>7</sup> Cfr. Guibourg, Ricardo A., *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986, y "Lenguaje, constitución y modelos descriptivos", en *Deber y saber*, México, Fontamara, 1997, p. 137.

<sup>8</sup> La natural tendencia de los órganos políticos a elegir jueces complacientes hacia sus deseos puede compensarse mediante cláusulas que aseguren a los jueces permanencia vitalicia o, al menos, por un período prolongado y diferente del de los demás organismos. Pero este procedimiento, sin duda ventajoso, contiene un factor aleatorio que proporciona una ventaja desproporcionada a la etapa inicial, permite a un gobierno trabar la acción de gobiernos posteriores de signo distinto, no termina de homogeneizarse sino después de muchos años y, además, no sustrae a los magistrados de las presiones políticas internas.

podría ser aprovechado para garantizar los procedimientos de la democracia.<sup>9</sup> Algunos temas del control constitucional, específicamente el respeto a la división de los poderes, la transparencia de los procesos electorales u otros estrechamente vinculados con el funcionamiento regular de la estructura democrática, podrían reconocer una instancia superior al supremo tribunal de cada país. Esta corte, que juzgaría el conflicto interno aplicando la constitución del Estado en el que dicho conflicto se suscitase, se hallaría fuera del país involucrado (una corte internacional u otra corte local determinada al azar) y sería ajena a las vicisitudes políticas de ese Estado, con lo que su imparcialidad quedaría objetivamente mejor garantizada.

La idea no es enteramente novedosa: en la medida en que los derechos políticos, dependientes de la estructura constitucional y de la interpretación con la que ella se aplique, se han incorporado al repertorio de los derechos humanos reconocidos por diversas convenciones internacionales, es posible aun ahora que un Estado sea convocado ante una autoridad supranacional para responder por sus desaguisados constitucionales internos.<sup>10</sup> Sin embargo, esta posibilidad se halla ligada a la estructura individualista de los derechos humanos, que tiende a la protección de las personas concretas antes que a la de los principios de la organización política. Y, además, la jurisdicción internacional se prevé como un recurso de excepción, en el que el Estado reclamado se presenta como una unidad y como tal es condenado, absuelto o instado a una transacción. Pero podría pensarse en una forma de recurso regular de última instancia para decidir conflictos localmente iniciados, en los que las partes fueran las mismas entre quienes el reclamo hubiera tramitado desde el principio, siempre que un punto central de la controversia fuera una cuestión de interpretación constitucional en la que estuvieran involucrados la forma del Estado, la división de los poderes o los mecanismos fundamentales de la democracia.

El recurso que sugiero es ciertamente polémico y puede hacer fruncir el ceño a muchos defensores de la soberanía; pero lejos están los días en que los

---

<sup>9</sup> Las reflexiones que siguen están tomadas del trabajo "Democracia subordinada", presentado en el 19º Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social de la IVR, Nueva York, 1999.

<sup>10</sup> Un buen ejemplo de lo que aquí se indica es la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969 (cfr., en especial, su artículo 23).

Estados podían reclamar absoluto respeto a su autonomía. De todos modos, no estoy haciendo tanto una propuesta formal como una reflexión retórica. Los jueces, en quienes los ciudadanos depositan sus últimas esperanzas jurídicas, no son siempre ni necesariamente sabios ni prudentes. Su verdadero mérito, lo que los convierte en un mecanismo irremplazable de la convivencia, consiste en que son ajenos a los conflictos que deben resolver, de modo que al menos puede esperarse de ellos imparcialidad. Cuando esta imparcialidad desaparece ante los conflictos individuales, decimos hallarnos ante casos de corrupción y tratamos de combatir ese flagelo. Pero cuando la imparcialidad se desvanece en los conflictos constitucionales, cuando la arbitrariedad se disfraza de argumento de última instancia y se escuda en la propia Constitución, los ciudadanos quedan completamente indefensos, las leyes se convierten en un engaño y la democracia se vuelve ficticia.

Tal vez no sea necesario llegar a la jurisdicción constitucional extraterritorial. Tal vez encontremos en nosotros mismos los recursos para hacer cosas con la Constitución en vez de hacer de la Constitución una cosa. Pero eso no se logra sin un consenso acerca del valor de las estructuras o sin la prudente vigilancia ejercida por los propios ciudadanos. En este sentido, querría terminar con una reflexión que mi amigo, el profesor Mendonca, ha tenido la deferencia de citar en su excelente libro: el sistema jurídico, el Estado Social de Derecho, no es una fortaleza inexpugnable sino un buque que flota sobre la voluntad de sus beneficiarios. Si los ciudadanos no luchan constantemente por el derecho permanente de todos, o lo pierden de vista por motivos coyunturales, la supremacía de la Constitución termina por naufragar en lo que Erich Fromm llamó “el miedo a la libertad”.<sup>11</sup>

**Nota del editor.** Este texto fue leído por su autor en el acto de presentación de la primera edición de este libro, llevada a cabo en Asunción, el 19 de noviembre de 1999.

---

<sup>11</sup> Guibourg, Ricardo A., *Deber y saber*, Op. cit., p. 151.



## I. Introducción

A finales del siglo XVIII aparecieron en los Estados Unidos y en Francia unos textos llamados “Constituciones”, textos que definían los órganos del Estado y proclamaban, en general, las libertades esenciales. Esas Constituciones o “leyes fundamentales” se consideraban superiores a las leyes ordinarias votadas por el Parlamento, estableciendo, de ese modo, una suerte de “superlegalidad”.

La idea de Constitución fue desarrollada por los filósofos de la época como mecanismo destinado a debilitar el poder real, pues establecía ciertas reglas que se imponían al propio Rey, quien encarnaba la soberanía estatal. Luego sirvió para imponer límites al Parlamento, representante de la nación y nueva encarnación de la soberanía. Esa idea no fue aceptada, por supuesto, sin dificultades, pues ciertos teóricos afirmaban que, si la nación era soberana, no podía ser limitada y que el poder legislativo del Parlamento, representante de la nación, no debía ser sometido a reglas constitucionales superiores.

La noción de Constitución fue asociada, en ese mismo tiempo, a la fecunda idea de “pacto social” o “contrato social” que apareciera en el siglo XVII y se prolongara al siglo XVIII. En lugar de una sociedad basada en la historia y las tradiciones, se diseñó la figura de una sociedad fundada por la voluntad de los hombres, decididos a establecer entre ellos una colectividad y a definir los principios fundamentales que debían regirla. El pacto social fue, así, la base misma del Estado. Para aliviar la tensión entre el principio según el cual todos los hombres nacen libres e iguales y la necesidad de un poder político que asegurara el funcionamiento de la sociedad, se partió de la idea de que ésta reposa en el consentimiento de los individuos, quienes habrían aceptado por contrato limitar recíprocamente sus libertades y obedecer a las autoridades por ellos establecidas. Desde esta perspectiva, la Constitución es una forma de pacto social que ella misma determina y precisa. La Constitución debería reproducir con claridad el contrato social, destinado a adquirir así contenido más preciso, capaz de educar políticamente con mayor facilidad a los ciudadanos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 251.

Se ven aparecer, de ese modo, dos clases de documentos escritos que expresan los principios básicos del Estado: las declaraciones de derechos (Declaración de Independencia norteamericana [1776] y Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa [1789], entre otras) y las constituciones propiamente dichas. Las primeras determinaron los derechos del hombre que el Estado debe respetar y las segundas precisaron la organización de los poderes públicos y la estructura del Estado. Con el tiempo, las dos clases de documentos fueron refundidos, de modo tal que las declaraciones de derechos pasaron a constituir el preámbulo o el primer apartado de las Constituciones.

La idea de que la Constitución expresa el pacto social se mantiene aún subyacente en la teoría política, pero ha pasado a un segundo plano, a expensas de una concepción jurídica que permite asegurar el respeto de todas las autoridades públicas a las reglas constitucionales. De acuerdo con esta concepción, la Constitución ocupa la cima en la escala de las normas jurídicas, debiendo todas las demás ajustarse a ella, bajo pena de invalidez.<sup>2</sup>

Afirmar que la Constitución es superior a las leyes supone que una ley contraria a una disposición constitucional es irregular y no debe aplicarse. Éste es el principio de la constitucionalidad de las leyes. Tal principio sólo puede operar en la práctica si la violación de la Constitución por una disposición legal es constatada oficialmente y si el órgano que la constata tiene poder para sacar de ello las debidas consecuencias. Éste es, precisamente, el control de constitucionalidad de las leyes, operación que conduce, normalmente, a la anulación o a la inaplicabilidad de la ley. El control de constitucionalidad de las leyes reviste en la actualidad, sin embargo, formas diversas con alcances diferentes.

Los capítulos que siguen están destinados a señalar algunas de las piezas principales de este diseño y a explicar los mecanismos necesarios para ponerlo en funcionamiento. En lo esencial, los temas abordados en este libro son temas relativos al método jurídico. El método jurídico es un problema central de la filosofía del derecho: como lo señalara Bobbio,<sup>3</sup> una parte importante de la filosofía jurídica está destinada a explicitar y clarificar los presupuestos de la

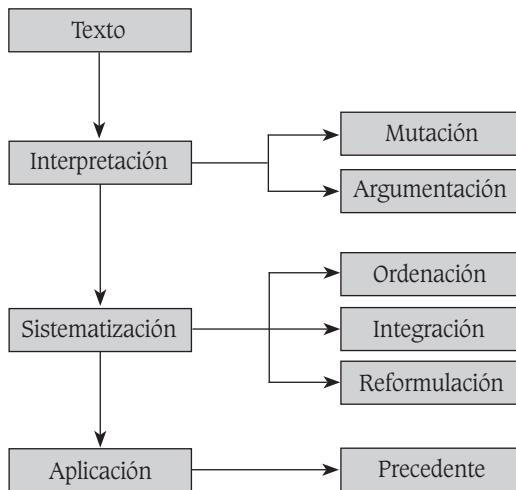
---

<sup>2</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 28.

<sup>3</sup> Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 98-99.

ciencia del derecho. Esta tarea requiere preguntas claras y respuestas coherentes entre sí acerca de cuestiones complejas. Varias de esas cuestiones corresponden a un enfoque general de la filosofía del derecho; aunque el tema de esta obra se circunscribe más específicamente a los aspectos constitucionales, será inevitable dar cuenta de las relaciones entre esos aspectos y las bases teóricas que puedan servirles de marco, explicación y –acaso– fuente de justificación.<sup>4</sup>

Diagrama



## Conceptos clave

Constitución.

Contrato social.

## Lecturas recomendadas

Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

Mateucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998. Tamayo y Salmerán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1989.

<sup>4</sup> Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

## Lectura seleccionada

### El contrato social

El contrato social es un instrumento ficticio mediante el cual individuos imaginarios que viven en solitario (o, tal vez, en familias nucleares), sin gobierno, sin división estable del trabajo o relaciones serias de intercambio, que carecen de partidos, ligas, congregaciones, asambleas o asociaciones de cualquier tipo, deciden unirse para formar una sociedad, aceptan unas obligaciones mutuas de convivencia de un tipo mínimo, e inmediatamente, o muy poco después, se ligan a un soberano político que pueda reforzar esas obligaciones. El contrato es una ficción filosófica desarrollada por los teóricos modernos para mostrar cómo la obligación política se apoya en un consentimiento individual, esto es, en el consentimiento de los individuos racionales a renunciar para siempre a vivir su vida sin obligación ni regla autoritaria alguna. Para hacer plausible este fantástico consentimiento, los teóricos tienen que contar una historia acerca de algo comúnmente llamado “estado de naturaleza”: la condición asocial de la especie humana anteriormente a la, o sin, autoridad política. Comúnmente, cuanto más espantosa es la historia (siendo la “guerra de todos contra todos” en el *Leviatán* [1651], de Thomas Hobbes, el caso límite), más autoritario será el orden político establecido por el contrato, pues es inconcebible que hombres y mujeres racionales den su consentimiento a una tiranía o gobierno absoluto excepto para escapar de algo aún peor. Aceptan la ley del león sólo para evitar una anarquía de lobos. Una política más liberal o democrática es la consecuencia de una historia más benigna (como ocurre en los *Ensayos sobre el gobierno civil* [1690] de John Locke), o de ninguna historia en absoluto: según la *Teoría de la justicia* (1971) de John Rawls, a los individuos que toman decisiones racionales en una posición original les es hurtado el conocimiento de sus actuales intereses y, por tanto, el de su pasada competición o cooperación. Pero la asunción de que no son aventureros o amantes del riesgo sirve probablemente al mismo objetivo que una historia benigna.

La teoría del contrato social fue elaborada por vez primera en el siglo XVII, e indudablemente debe algo a la cultura religiosa de aquel tiempo. El renovado interés por la Biblia hebrea y la utilidad política y teológica del pacto bíblico para los autores protestantes en conjunto abrió camino a la idea de un acuerdo básico. La mayoría de los problemas teóricos del contrato se plantean en primer lugar en una teología del pacto. ¿Se trata del pacto acordado entre cada individuo y Dios (una serie de acuerdos verticales) o del realizado entre cada individuo y cualquier otro para obedecer la ley de Dios (una serie mucho

mayor de acuerdos horizontales)? ¿Cuáles son las estipulaciones de Dios, si él es una de las partes? ¿Es ese pacto condicionado o incondicionado? ¿Qué acciones llevan la garantía de no ser realizadas por Dios o por los hombres? En su forma secular, estas cuestiones generan argumentos acerca de quién está ligado por el contrato, qué se obligan a hacer las partes de ese contrato, qué constituye una violación de él, y cómo y por quién va a ser reforzado ese contrato.

Seguramente la tesis más significativa de la teoría del contrato social es que la sociedad política es un constructo humano –incluso aunque los hombres y mujeres hayan sido empujados a él por necesidades surgidas del estado de naturaleza, o sea, por necesidades “naturales”– y no un desarrollo orgánico. No existe un cuerpo político sino sólo el artefacto, construido en un determinado (e imaginario) tiempo y abierto en principio a cualquier remodelación. Mezcladas metáforas de diseño y estructura reemplazan a la metáfora del cuerpo. Hobbes fue el primero en sugerir el doble carácter de la teoría del contrato cuando escribió que el hombre es a la vez el “constructor” y el “material” de la man-comunidad. El constructor, porque el contrato social depende de su voluntad de acuerdo, y el material, porque el contenido del contrato, los ordenamientos políticos y sociales que en él se establecen, están diseñados para configurar y controlar su propia conducta. La versión que Jean-Jacques Rousseau da en *El contrato social* (1762) del argumento es similar: los miembros del recién creado Estado son soberanos (ciudadanos) y súbditos, simultáneamente gobiernan y son gobernados.

[Tomado de Walzer, Michael, en Honderich, Ted (editor), *Enciclopedia Oxford de Filosofía*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 211-212].



La Corte Constitucional colombiana, a través de la interpretación del texto de la carta política, ha hecho invaluable aportes al desarrollo del derecho en nuestro país. Sin embargo, este proceso de definir las palabras de la Constitución requiere la utilización de preferencias valorativas y

esto, como es natural, implica un grave riesgo para la seguridad jurídica: ¿hasta donde puede llegar el intérprete?, ¿cuáles son los límites que debe respetar?

Este riesgo se incrementa si tenemos en cuenta que buena parte de la doctrina constitucional colombiana contemporánea, llamada por algunos "neoconstitucionalismo", ha creado una nueva jerga erudita impenetrable –llena de metáforas sofisticadas, razonamientos abstrusos, argumentos con una gran carga emotiva y citas herméticas– que, en cierta medida, le ha permitido encubrir sus ideas y valoraciones y, de este modo, evitar que sean sensatamente escudriñadas.

En un sistema como el colombiano, erigido sobre el principio de frenos y contrapesos entre los distintos poderes del Estado, si el poder político se ejerce a través de la justicia constitucional, en un lenguaje incomprensible y presentado como un argumento de última instancia, todo el equilibrio se viene abajo y, muy pronto, el derecho se convierte en el principal instrumento del despotismo.

*Análisis constitucional. Una introducción*, de Daniel Mendonca, es un libro perfectamente honesto que presenta sus ideas con absoluta claridad y ayuda a trazar los límites entre la discrecionalidad y la arbitrariedad de la interpretación constitucional. Como bien lo expresa en su prefacio Ricardo Guibourg: "Mendonca precisa en su libro *cómo hacer cosas con la Constitución*. Pues bien, con la Constitución se pueden hacer muchas cosas; no todas ellas aceptables; no todas ellas honorables".

Así, pues, la publicación de esta obra en Colombia es un aporte invaluable tanto para el estudio de la teoría como para el ejercicio de la justicia constitucional.

***Fabrizio Mantilla Espinosa***

Profesor de la Universidad del Rosario



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

